

# 不動産侵奪罪における「侵奪」の程度

——主観的要素を中心として——

(不動産侵奪, 恐喝被告事件, 最高裁平成 12 年(あ)451 号  
同年 12 月 15 日第 2 小法廷判決, 刑集 54 卷 9 号 923 頁)

The function of subjective elements in the case of  
wrongfully taking possession of immovable property

重 井 輝 忠  
Shigei, Terutada

## ABSTRACT

Wrongfully taking possession of immovable property shall be punished under Art.235-2 of the Criminal Code. This paper aims to make clear the way to judge “taking”, especially functions of intention or purpose, through the case, the Supreme court, December 15, 2000, and some other cases.

### 【事案の概要】

被告人 X は, 訴外 A と共謀の上, 東京都が公園整備を目的として買収した元民有地 (公園の金網フェンスと区道に囲まれた扁平な三角形上の平地。面積は 110.75 平方メートル。以下「本件土地」と呼ぶ。事件当時, 有事の際の緊急用務等のほか, 日常的には南側に隣接する区道の通行車両等のすれ違い等の利用に供されていた) を平成 8 年 10 月頃から正当な権限なく占拠し, 中古電気製品等を扱うリサイクルショップを営んでいたが, 風雨対策として商品にビニールシートをかけるなどの措置しかとっていなかったため, 平成 8 年 12 月, X は A と相談の上, 電気製品等が傷むのを防ぐために本件土地上に簡易な建物 (以下「本件簡易建物」と呼ぶ) を建てることとし, 廃材を材料として調達し, X が面

倒をみていたホームレスらを使用して、数日間かけて本件簡易建物を建築した。

本件簡易建物の性状を詳述すると、建築面積が約 64.3 平方メートル余りで本件土地の中央部分を占め、角材が土台として地中に埋設されることなくそのまま地面に置かれ、建物の隅及び要所に 14 本の角材（長さ約 3 メートル）の柱が立てられ、屋根部分の桁、母屋に接合されており、また、土台・柱・屋根部分などの組立は、ほぞとほぞ穴ではめ込み固定する方法ではなく、土台の角材同士、土台の角材と柱とを平板や三角状に切った木片を当てて釘打ちをして接続し、また柱と柱を平板を当てて釘打ちするなどしてつなぎ、屋根部分は多数の角材等を桁、母屋とし、その上に建築用ビニールシートをかけ、更にその上に平板を当てて柱等に固定するなどし、さらに、建物周囲はビニールシート、廃材の戸板、アコーディオンカーテン等で覆い、要所に板を当てて釘打ちするなどし、日中、リサイクルショップとして利用されるときには、道路に面した南側と東側及び西側のビニールシートを巻き上げて開放できるようになっており、また、公園の金網フェンスに接する部分は、針金、電気コード等でフェンスに結びつけられていた。

また、本件簡易建物内部の状況は、ありあわせの木製ドア及びシートによって東西に区分されており、東側の床面積は約 37 平方メートル、西側の床面積は約 27.3 平方メートル（西側部分は後に増築された部分。増築の時期については定かではない）で、区分されたいずれの側にも家電製品や家具類の古物品が山積みされ、建物内には区道を隔てて向かい側にあるコーポから電線を引いて蛍光灯が設置されていた。さらに、本件土地のうち、本件簡易建物の敷地以外の部分にも家電製品等が並べられていた（ただし、本件建物の性状及び建物内部の状況については、本件簡易建物に関する検証が行われた平成 9 年 8 月 1 日時点における本件建物の性状である）。

なお、X が本件で検挙された後、東京都が解体業者に依頼して本件簡易建物を撤去した際に要した労力及び費用は、6 名の人員により大きめのハンマー等を用いて約 1 時間を要し、費用は 26 万円余りであった。

第一審判決は、Xらの本件建物建築前の本件土地使用状況については、現状回復が容易であり未だ東京都の占有を奪う程度には至っていなかったとしつつ、本件建物は、基礎工事が行われておらず資材も耐久性に劣る物が使用されており本格的な建築物とはいえないにせよ、屋根・柱・壁を備え、土台等の補強もなされたこと、解体されるまでの約9ヶ月の間、二度の風雨の強い台風に見舞われたにもかかわらず倒壊しなかったこと、解体に要した労力及び費用などの諸点に鑑み、風雨に耐え得て容易に倒壊しない相当強固な性状であったとして、本件簡易建物が不動産侵奪罪という「侵奪」の手段足りうる性状を備えていると認定した。Xには懲役3年2ヶ月（ただし、本件とは無関係の恐喝事件を含む）の刑が言い渡された。

これに対して、本件簡易建物は未だ不動産侵奪罪の手段足りうる性状を有していない、また、公訴事実である平成8年12月の本件簡易建物の建築行為につき、平成9年8月1日検証調書から7ヶ月前の建物の性状を推認することはできず（上記の本件簡易建物の西側部分の増築が関係する）、結局本件公訴事実についての立証がないとして控訴した。

第二審判決は、まず、「不動産侵奪罪という「侵奪」があったか否かについては、具体的事案に応じて、不動産の種類、占有侵奪の方法、態様、占有期間の長短、原状回復の難易、占有排除及び占有設定意思の強弱、相手方に与えた損害の有無などを総合的に判断し、社会通念に従って決定すべきである」とした上で、本件建物には基礎工事は全くなされておらず、土地の定着物としての面が弱いことは否めない上、その構造についても、一応風雨に耐え、直ちに倒壊するものではないものの、耐久性に劣る素材を使用し、また材料は基本的に無償で調達してきた廃材を使うなど本格建築と呼ぶにはほど遠く、さらに、建物の組立につき強固な建造物を作るための基本的手法をとっておらず、建物の強固さの観点からみれば、木枠があるだけの建造物にすぎず、解体業者によって約1時間で取り壊されて殆ど跡形もなくなってしまうということも合わせ考えると、本件簡易建物を建てたことによる被告人らの本件土地に対する占有侵害の態様は必ず

しも高度のものとはいえないこと、当時の本件土地に対する東京都側の管理状況も比較的緩やかであったこと、建物の構造上もXらの主観面においても、人が居住する目的はなく、専ら風雨で電器製品等が傷むのを防止するためであったこと、東京都の職員らは、平成8年10月ころからXらが本件土地上に中古の電器製品等を置いて同土地を不法に占有するようになって以降、時折注意を与えていたが、その警告の内容は本件簡易建物建築の前後を通じて本件土地を明け渡すようにとの趣旨でなされており、右建物建築後も「不動産侵奪」ということについて指摘することなく、従前と同様の対応をしていたことなどの点を上げ、本件建物（平成9年8月1日時点における性状のもの）を建てたことをもって、本件土地に対する侵奪行為があったと評価することには重大な疑問が残るとし、さらに、平成8年12月における本件簡易建物の形状を直接裏付ける明確な証拠がなく、本件建物の西側部分が増築される以前の形状は検証時のそれよりも更に規模が小さく、あるいは構造が強固でないものであった可能性があるというべきであって、不動産侵奪罪の成立を認めるには証拠上合理的な疑いが残り、犯罪の証明が十分でないといわざるを得ないとして、公訴事実中不動産侵奪に関する部分について無罪を言い渡した（なお、恐喝事件に関して、懲役2年の刑が言い渡されている）。

### 【判 旨】

「刑法二三五条の二の不動産侵奪罪にいう「侵奪」とは、不法領得の意思をもって、不動産に対する他人の占有を排除し、これを自己又は第三者の占有に移すことをいうものである。そして、当該行為が侵奪行為に当たるかどうかは、具体的事案に応じて、不動産の種類、占有侵害の方法、態様、占有期間の長短、原状回復の難易、占有排除及び占有設定の意思の強弱、相手方に与えた損害の有無などを総合的に判断し、社会通念に従って決定すべきものであることは、原判決の摘示するとおりである。

本件で起訴の対象となっている平成八年一二月中旬ころの時点あるいはそれ

に引き続いて西側に増築された時点における本件簡易建物の性状を示す的確な証拠がないことも、原判決の指摘するとおりである。

しかし、捜査段階において検証が行われた平成九年八月一日当時の本件土地の状況について見ると、本件簡易建物は、約一一〇・七五平方メートルの本件土地の中心部に、建築面積約六四・三平方メートルを占めて構築されたものであって、原判決の認定した前記構造等からすると、容易に倒壊しない骨組みを有するものとなっており、そのため、本件簡易建物により本件土地の有効利用は阻害され、その回復も決して容易なものではなかったといえることができる。加えて、被告人らは、本件土地の所有者である東京都の職員の警告を無視して、本件簡易建物を構築し、相当期間退去要求にも応じなかったというのであるから、占有侵害の態様は高度で、占有排除及び占有設定の意思も強固であり、相手方に与えた損害も小さくなかったと認められる。そして、被告人らは、本件土地につき何ら権原がないのに、右行為を行ったのであるから、本件土地は、遅くとも、右検証時までは、被告人らによって侵奪されていたものというべきである。

前記一の事実（筆者注…本件公訴事実のこと）については、殊にその特定する時期における不動産侵奪罪の成立を認めることができないとしても、前記一の事実と、その後遅くとも前記検証時である平成九年八月一日までの間に本件簡易建物によって本件土地を侵奪したという事実とは、基本的事実関係を同じくし、公訴事実の同一性があるといえるべきである。そうだとすると、原審裁判所は、右検証時までの右罪の成立の可能性について、必要であれば訴因変更の手続を経るなどして、更に審理を遂げる義務があった。ところが、原審裁判所は、刑法二三五条の二の侵奪の成否についての判断を誤り、右検証時における本件土地の占有状態によってもなお侵奪があったとはいえないと解した結果、右時点までの同罪の成立の可能性について何ら審理をすることなく、直ちに犯罪の証明がないとして被告人を無罪としたものであって、原審には判決に影響を及ぼすべき法解釈の誤り及び審理不尽の違法があるといわざるを得ず、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」（破棄差戻）

## 【評 釈】

周知のように、不動産侵奪罪は、とりわけ戦後の混乱期以降、土地・建物に対する不法占拠事案が急増し、民事訴訟による救済も遅々として進まず、暴力団等の介入も後を絶たない中、かかる事態に対処するために昭和35年、刑法235条の2として新設された<sup>(1)</sup>。これにより、窃盗(235条)の客体に不動産が含まれるか否かという学説上の争いには一応の終止符が打たれ、<sup>(2)</sup>「不動産は侵奪、動産は窃取という図式が確立」したといわれる<sup>(3)</sup>。本事件は、不動産侵奪罪における「侵奪」の有無が真向から問題とされた事案である。

## 1. 「侵奪」の判断基準

判例上、不動産侵奪罪における「侵奪」は「不法領得の意思をもって不動産に対する他人の占有を排除し、これを自己の支配下に移すこと」を意味するとされている<sup>(4)</sup>。また、侵奪行為の有無は「具体的事案に応じ、不動産の種類、占有侵奪の方法、態様、程度、占有期間の長短、原状回復の難易、占有排除及び占有

---

(1) 235条の2新設以前の土地不法占拠の実情等につき、藤木英雄「不動産の不法占拠について」ジュリスト184号(1959)18頁以下、高橋勝好「不動産不法占拠取締立法の背景」警察研究30巻7号(1959)21頁以下、同・「不動産の不法占拠取締立法とその問題点」法律のひろば12巻9号(1959)18頁以下、前田信二郎「梅田村事件と不動産窃盗」ジュリスト172号(1959)8頁以下、同・「不動産不法占拠の刑事措置」法律時報31巻11号(1959)49頁以下、青木清相「土地の不法占拠と窃盗罪」時の法令323号(1959)16頁以下、伊澤實「不動産の不法占拠における早期取締り立法の必要性」時の法令332号(1959)14頁以下など参照。また、当時の不動産窃盗にまつわる諸学説につき、前田信二郎「土地窃盗の刑事法的考察—土地不法占拠罪の構成をめぐって」警察研究30巻12号(1959)3頁以下など参照。

(2) 不動産に対する窃盗罪の成立を認める見解として、例えば牧野英一「不動産の窃盗」刑法研究第一巻(1927)314頁以下、同・「刑法各論下巻」(1951)611頁以下など。

(3) 田宮裕「不動産侵奪罪」注釈刑法(6)各則(4)(1966)76頁。

(4) 大阪高判昭42・5・12刑集21巻9号1192頁[1195頁]。本判決の上告審(最決昭42・11・2刑集21巻9号1179頁)に対する評釈として、鬼塚賢太郎「不動産侵奪罪にあたるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇昭和42年度314頁、前田信二郎「不法領得の意思が生じ、それを表示する行為があったときから、その占有は不動産侵奪罪にあたるとする例」ジュリスト398号(1968)424頁、町野朔「不動産侵奪罪」刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕(1984)70頁、斎藤豊治「不動産侵奪罪」刑法判例百選Ⅱ各論〔第4版〕(1997)68頁等がある。

設定意思の強弱、相手方に与えた損害の有無などを総合的に判断して社会通念にしたがつて決<sup>(5)</sup>すべきものとされ、本判決もこの基準を踏襲しているものといえよう。

しかし、原判決は侵奪の有無につき最高裁と同様の判断基準を採りつつも正反対の結論を導き出している。<sup>(6)</sup>同様の事実認定の下で、占有侵奪の方法や原状回復の難易、占有排除及び占有設定意思の強弱等、判断基準に掲げられた諸要素に関して、両者で評価が分かれたのである。

なるほど、動産とは異なり、不動産はその字義が示す如く、属性として「動かない」ものであるが故に、動産窃盗における「窃取」の有無を判断する場合と比較して、不動産「侵奪」行為の有無の判断には常に困難が付きまとう。それゆえ、学説も判例が示すように侵奪の有無が総合的な見地から判断されることに対して好意的である。<sup>(7)</sup>しかしながら、不動産侵奪罪の核心的な要件である侵奪の有無につき最高裁と原審とで見解が分かれた本事案は、侵奪についての判断「方法」につき再考の必要性を迫るものといえるのではなからうか。このような問題意識に基づいて、本稿では従来より判例が提示する判断「基準」を基礎としつつ、侵奪の有無についての判断の方法を具体的に検証することにした。

過去、不動産侵奪罪の成立が争われた事案は、それほど多数にのぼるわけではないが、興味深い判例が少なからず見受けられる。そこで、本件事案の評釈に先立ち、まず、不動産侵奪の成立、就中「侵奪」の成否が争われた事案をいくつかの視点から整理しておこう。

## 2. 侵奪「行為」の客観面（事実上の支配の確立）

判例が掲げる侵奪の判断基準にもあるように、侵奪の対象となる不動産には

---

(5) 大阪高判昭40・12・17 高刑集18巻7号877頁〔881頁以下〕。

(6) 刑集54巻9号1042頁。

(7) 白井滋夫「不動産侵奪罪」不動産法体系VI訴訟〔改訂版〕(1975) 537頁。



多種多様なものが考えられ、それに応じて侵奪「行為」もさまざまである。従来の判例においては、きわめて軽微な手段で当該不動産に行為者の事実上の支配を確立する行為が行われた場合にも不動産侵奪罪の成立を認める傾向があったことは否定できない。

手段が軽微であるにもかかわらず不動産侵奪罪の成立が認められた事案として、まず、福岡高裁昭和 37 年 8 月 22 日判決<sup>(8)</sup>があげられよう。建物の一部の転借人である被告人が、家屋明渡訴訟に敗訴したため、明渡しを命ぜられた部屋以外の同一建物内の部屋に移転し、さらに明渡未了の部屋を家屋明渡の執行に來た執行吏に任意明渡した 4 日後に、何ら権限無く居住の用に供するため同建物内の玄関正面の部屋と台所との間に戸棚一つを置き、被告人のいる部屋以外から台所に入ることができないようにして、被告人だけで台所を占拠使用するに至ったという事案であるが、不動産侵奪罪の成立を認めた原判決<sup>(9)</sup>を維持した。

さらに、侵奪の対象となる不動産が農地の場合であるが、比較的軽微な侵奪の態様であっても不動産侵奪罪の成立を認める判例がある<sup>(10)</sup>。自作農創設特別措置法により自己の農地が国に買収され、かつての小作農に売渡されたことに不満を持ち、また、立木伐採に係る損害賠償請求および境界の確認に関して所期の結果を得られないことに業を煮やした被告人が、その代償として先祖伝来の土地を奪還すべく決意した上で、小作人に売渡された土地を耕転し、一部に苗床を造り、約一坪の土地に菜種を播種し、さらに農地の一部に堆肥を置くなどした事実につき、不動産侵奪罪の成立が認められた。

これに対して、手段が軽微であり、原状回復が容易であるがゆえに不動産侵奪罪の成立を否定した判例も存在する。大阪高裁昭和 40 年 12 月 17 日判決は、被告人が、自宅の敷地に隣接する他人の所有地に約 50 センチメートル四方、深さ 20 センチメートル弱の原状回復の容易な排水口を設置したが、被告人には将来

(8) 高刑集 15 卷 5 号 405 頁。

(9) 熊本簡判昭 37・3・8 高刑集 15 卷 5 号 409 頁。

(10) 新潟地相川支判昭 39・1・10 下刑集 6 卷 1=2 号 25 頁。



当該隣地を買い受けようという意図があり、それがかなわない場合には直ちに収去する意思があったという事案に対して、不動産侵奪罪の成立を否定した<sup>(11)</sup>。

これらの事案から、判例は、たとえ侵奪の態様が軽微であったとしても、「居住の意思」や「土地奪還の意思」が行為者に認められる限り、不動産侵奪罪の成立を認めてきたといえるであろう。侵奪の手段たる行為態様の軽微さは、不動産侵奪罪の成立を否定する決定的な論拠とはなりえず、比較的行為者の主観面に判断の重点がおかれている。この点については、不動産侵奪罪における不法領得の意思を取上げる際に、さらに検討を加えたい。

### 3. 侵奪行為に附随する客観的事実

実際に行われた侵奪行為に附随する客観的事実として、以下の二点を挙げることができよう。

#### (1) 土地利用権限の有無

不動産侵奪罪の成否が争われる事案において、加害者に全く土地利用権限がない場合と何らかの土地利用権限が存在する場合がある。土地利用権限に基づく不動産の占有が不動産侵奪罪にあたらないのは明白であるが、利用権限からの逸脱をもって直ちに「侵奪」にあたるべきか否かは非常に困難な問題である。

侵奪を行った者に一定の土地利用権限が認めらる事案として、最高裁平成 11 年 12 月 9 日決定があげられる。建物の賃借権と建物に付随する土地の利用権（原審判示によれば、建物の賃貸借契約に伴う敷地利用権を超えるものではないという）を譲り受けた被告人が、土地上に廃棄物を集積することを企て、建設廃材等を高さ 13 メートル余の高さにまで堆積させたという事案である。最高裁は、当該土地の利用権を超えて地上に大量の廃棄物を堆積させ、容易に原状回復す

(11) 高刑集 18 巻 7 号 877 頁。評釈として、中山研一「不動産侵奪罪の成立を否定した事例」判例評論 94 号（判例時報 453 号）30 頁以下がある。

ることができないようにして「本件土地の利用価値を喪失させた」と判示しつつ、不動産侵奪罪の成立を認めた原判決を維持した。<sup>(12)</sup>

これに対して、賃借権に基づいて適法に土地を占有する者が、用法違反の行為を行ったとしても直ちに不動産侵奪罪を構成するものではないとした判例も存在する。土地所有者の代理人の承諾を得て建築したプレハブの建物に附随して、水道施設および門扉を建設したという事案（東京高裁昭和 53 年 3 月 29 日判決）では、これらの附随施設の建築が賃貸借の目的に反したものであるとしても、不動産侵奪罪における侵奪もしくは新たな占有の取得と見られる占有の質的、態様の変化は到底認められないとされている。<sup>(13)</sup>

侵奪の客体たる不動産につき行為者に何らかの利用権限等がある場合には、「侵奪」と呼ぶに足るだけの権限からの極度の逸脱行為が必要といわれる。<sup>(14)</sup> 上記昭和 53 年判決が述べるように、「新たな占有の取得と見られる占有の質的、態様の変化」の有無という基準は、利用権限の逸脱が相当程度に及んでいることを含意しているといえよう。<sup>(15)</sup>

## (2) 占有先行型と占有非先行型<sup>(16)</sup>

不動産の侵奪行為に先立ち、行為者が当該不動産の占有を取得している場合とそうでない場合が存在する。(1) とは異なり、侵奪に先行する行為者の占有が何らかの権限に基づくものか否かとは関係がない。また、占有先行型に属す

---

(12) 刑集 53 巻 9 号 1117 頁。評釈として、朝山芳史「所有者による現実の支配管理が困難になった土地に大量の廃棄物を堆積させた行為につき不動産侵奪罪が成立するとされた事例」ジュリスト 1176 号 (2000) 96 頁、斎藤豊治「不動産侵奪罪における不動産の『占有』と『侵奪』の意義」ジュリスト臨時増刊平成 11 年度重要判例解説 159 頁以下がある。

(13) 高刑集 31 巻 1 号 48 頁。

(14) 朝山・前掲注 (12) 96 頁。

(15) なお、本件判決と同日に出された最高裁平成 12 年 12 月 15 日決定刑集 54 巻 9 号 1049 頁の事案もこの類型に含めることができよう。

(16) このような区分につき、斎藤・前掲注 (12) 160 頁以下参照。占有先行型の事案については横領罪の成立を主張される。他に、横領罪の成立の可能性を指摘するものとして、町野・前掲注 (4) 71 頁など参照。

る事案において侵奪の有無を判断するに際しては、非常に興味深い問題を提起する。けだし、判例・学説上不動産侵奪罪が状態犯と理解されており、単なる占有継続行為だけでは新たな占有奪取行為がありえない以上侵奪にはあたらず、それに対して、占有継続中の何らかの行為が「侵奪」として評価され得るのであれば、その判断基準は、新たな占有開始を伴う侵奪行為の場合と比較してどう異なるのか、などの疑問が表面化するからである。

占有先行型の事案は、とりわけ不動産侵奪罪制定直後、従来からの土地利用行為が形態を変じた場合に、その占有形態の変化が「侵奪」にあたるのかどうか争われる事案として、少なからず見受けられた。例えば、福岡高裁昭和 37 年 7 月 23 日判決は、昭和 28 年ごろ無許可で国有地に豚小屋を建てて養豚を行っていた被告人が、昭和 36 年 5 月頃、豚小屋を取り除きその土地に家屋を建設したという事案について、原審が養豚目的での国有地不法占拠を単なる一時使用であり使用窃盗の範疇に属するとし、居住目的の家屋の建設行為を捉えて不動産侵奪罪にあたるとしたのに対して、当初の豚小屋それ自体も相当恒久的な建物であり、占有の侵奪を認めるのが相当であるとしつつ、判決に影響を及ぼす事実誤認があるとして原判決を破棄した上で、従来の豚小屋の敷地部分と家屋の敷地部分が完全には同一ではなく、本件家屋の建築行為により新たな土地の占有が開始された可能性を否定できないとして原審に差戻している<sup>(17)</sup>。

これに対して、最高裁昭和 42 年 11 月 2 日決定においては、被告人が、使用されずに放置されていた自己所有地の隣地の小屋（三方を板塀が囲い、天井はトタン葺）に関し、「少々のを置くぐらいはかまわない」と所有者にいわれ、建築資材等の保管場所に供していたところ、台風で小屋が倒壊したため、自己の費用で三方をトタン塀、天井をトタン葺の小屋を建築し、続けて使用していたが、

(17) その経緯の詳細については、白井滋夫「不動産侵奪罪等に関する立法経過と問題点」警察学論集 13 巻 6 号（1960）83 頁以下等参照。後述する福岡高裁昭和 37 年判決（注（18））では、不動産侵奪罪を即成犯とするが、実質的には状態犯の趣旨と解される。

(18) 高刑集 15 巻 5 号 387 頁。なお、侵奪の物理的範囲をいかに捉えるかという点について問題を提起する判例でもある。

再度台風により倒壊したため、警察を通じての所有者による再三の中止の申入れにも耳を傾けず、三方をコンクリートブロック塀で囲まれたトタン葺の小屋を完成させたという事案について、「本件土地の借受けまたは買取りの話を有利に展開できるように既成事実を作っておこうとの意図のもとに警察の警告をも無視して強引に築造したものであつて、右コンクリートブロック塀が容易に除去しえない半永久的な工作物であることをも考慮」しつつ、従前の一時使用の態様から侵奪へと質的に変化を遂げたと判示した原判決を支持し、不動産侵奪罪<sup>(19)</sup>の成立を認めた。

上記の二判例においては、ともに侵奪にあたるとされた行為に先立つ占有状態が侵奪の程度に至っていたか否かが問題とされていることが明らかであろう。これは、かりに先行する不動産に対する占有行為が侵奪にあたらない場合には、その占有態様の質的な変化により侵奪と評価される可能性があることを意味する。さらに、行為者の意図を援用しながら（最高裁昭和42年判決が支持する原判決は、むしろ行為者の意図に重点を置いて判断しているとも受け取れる）占有態様の質的变化を論じている点にも注意する必要がある。

#### 4. 「不法領得の意思」

##### (1) 不動産侵奪罪における不法領得の意思

すでに検討したように、侵奪の態様が比較的軽微である場合にも行為者の主観面のあり様によっては不動産侵奪罪の成立が肯定される場合があった。また、不動産侵奪罪が財産犯として規定された経緯から、他の財産犯同様、行為者の主観面において故意に加えて不法領得の意思を求めるのが通説・判例の立場である。

窃盗罪における不法領得の意思については、最高裁昭和26年7月13日判決が示すように、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」であり、「永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としない」というのが判例上確立した定義

(19) 刑集21巻9号1179頁。

とされている<sup>(20)</sup>。本稿は財産犯一般に関する不法領得の意思の要否とその内容についての検討を目的とはしていないので、ここでは、不動産侵奪罪における不法領得の意思に焦点を絞って分析することにした<sup>(21)</sup>。

学説上、不動産侵奪罪の成立に必要な不法領得の意思の内容として、原則的に窃盗罪におけるそれと同一の内容を求めるのが通説的見解といえるであろう<sup>(22)</sup>。これに対して、不動産侵奪罪が新設された当初より有力な異説が唱えられている。

窃盗罪における不法領得の意思について判例の定義を支持される藤木博士は、不動産侵奪罪における不法領得の意思に関して、不動産に対して自ら所有者のごとく振る舞い、所有者たることを僭称する場合は比較的少なく、不動産の利用権の僭称が行為の実体をなしていることに鑑みれば、事実上当該不動産を正当な利用権者のごとく利用すること、すなわち不動産に対する使用窃盗類似の行為が侵奪の本体を為すとされ、「正当な権原なしに、権利者を排除して継続的に不動産の占有を奪い、その事実上の効用を取得する意思」が不法領得の意思の内実であるとされる<sup>(23)</sup>。すなわち、いわゆる不法領得の意思における権利者排除意思の内、自己の所有物と同様に取り扱う意思までは不要であり、また、利用処分意思に対応するものとして不動産の効用を取得する意思を想定されるのである。このような見解に対しては、不動産侵奪の場合には動産の窃取に比して追求が容易であり、かつ「処分」よりも「使用」が多いので行為者に本権を奪っているという意識がないという事実上の違いに過ぎないとする反論もなされている<sup>(24)</sup>。

まず、権利者排除意思について検討を加えよう。なるほど、これまでに触れた

---

(20) 刑集5巻8号1437頁。

(21) また、不法領得の意思と故意の関係についても考慮が必要であるが、紙面の都合上稿を改めて論じることにした。

(22) 白井・前掲注(17)98頁、田宮・前掲注(3)77頁以下、河上和雄「不動産侵奪罪」大コンメンタール刑法9巻(1988)295頁以下など。

(23) 藤木英雄「不動産侵奪罪の背景と機能」法律時報1961年資料版12号7頁、同・「不動産侵奪罪について」法律のひろば13巻4号(1960)12頁以下。

(24) 田宮・前掲注(3)77頁以下。

諸判例の全てにおいても、行為者の主観面から当該不動産に対する本権者として振舞うという意思まで求めていると解するのは非常に困難である。しかしながら、本権者でなければ実行不可能な程度に及ぶ不動産の使用形態を侵奪行為の中に見出すことは可能ではなからうか。そのような使用形態に対応する意思という限度で、判例が示す権利者排除意思の内容を支持することができよう。

もっとも、権利者排除意思をこのように解したとしても、一時使用を不可罰とするという当初の目的を果たし得るだけの内実が含まれているのかはなお疑問として残ることになる。<sup>(25)</sup>しかしながら、藤木博士の指摘されるように、本来的に不動産侵奪事例において侵奪者の目的はもっぱら土地の利用にあることは否定できず、そうであるならば、主観面において不可罰の一時使用行為と可罰的な侵奪行為を区別するためには、結局のところ権利者を排除する意思の強弱という点に求めざるを得ないのかもしれない。

一方、利用処分意思については、不動産の性質に鑑みれば、藤木博士の見解にみられるように、不動産そのものの効用を取得する意思、すなわち通説が説く利用処分意思のうちの利用意思に類似するものと捉えるほうが素直な解釈といえよう。動産とは異なり、登記制度が整備されている不動産にあっては、文書偽造等の何らかの犯罪行為を行うことなくしては所有権者を偽ることすら困難である<sup>(26)</sup>し、また、特に土地に対する侵奪にあっては、土地そのものを毀棄隠匿するという行為自体を想定することも容易ではない。<sup>(27)</sup>それゆえ、客体の性質上利用処分意思の有無を判断するにあたっては、自ずから利用意思に重点を置かざるを得ないと思われる。このように不動産侵奪罪に求められる不法領得の意思を強度の権利者排除意思と利用意思として理解することで、窃盗罪における使用窃

---

(25) 小松進「不動産侵奪罪」判例刑法研究 6 個人的法益に対する罪Ⅱ（財産犯）（1983）115頁は、不法領得の意思を藤木説に従って理解した場合、不可罰とされるべき一時使用行為の排除という本来の機能を果たし得るのかにつき疑問を示されるが、現実には権利者排除意思をいかに捉えたとしても程度の差こそあれかかる困難は付きまとうように思われる。

(26) その上、我が国では公信の原則（登記の公信力）も採用されていない。幾代通・徳本伸一補訂「不動産登記法」〔第4版〕（1994）16頁以下。

盗に対応する侵奪行為や毀棄・隠匿行為を区別することも可能と思われる。

## (2) 侵奪の有無と不法領得の意思の関係

比較的軽微な侵奪行為が問題とされた事例を概観した際にも指摘したように、判例上、行為者の主観面が侵奪の有無を左右する大きな要因とされている。土地や建物の侵奪形態が同一であっても、とりわけその形態が軽微な場合には、行為者の主観面の差異により侵奪の有無が左右されることもあろう。行為者の侵奪意思（主観面）に裏付けられた侵奪行為（客観面）があってはじめて「侵奪」を認めうるといっても過言ではない。

かような意味で、行為者の不法領得の意思もまた、侵奪の有無を判断する際に大きな影響を持つことになる。判例においてもかかる立場は基本的に受け入れられているように思われる。すでに述べた事案を例にとれば、仮に侵奪行為の客観面が軽微であったとしても、何ら権限なく土地建物等に居住することは不可能であるから、「居住の意思」は権利者を排除しようという相当強固な意思が認められるであろうし、「土地奪還の意思」に至ってはなおさらである。

ㄨ (27) もっとも、不動産侵奪罪の成立と同時に器物損壊罪の成立を認めた注目すべき判例も存在する。大阪高裁昭和 58 年 8 月 26 日判決（判例時報 1102 号 155 頁）は、京都市の管理する土地を無許可で掘削し多量の土砂（約 1 万 1500 立方メートル）を搬出した上、同土地に産業廃棄物を投棄し、夜間はブルドーザを出入口に置くなどして他人の出入りを遮断した事案であるが、土地管理者の占有を排除し自己の支配下に移したと同時に、土地の掘削・廃棄物の投棄が損壊に該当し、不動産侵奪罪と器物損壊罪の観念的競合にあたりと判示した。土地の侵奪行為と同時に掘削・廃棄行為も行われており両罪の実行行為が重なるものとして両罪の観念的競合を認めたのである（判決では両罪の既遂日時を同日と認定している）。

この事案に対しては、そもそも器物損壊罪の成立を認めるべきか否かという問題もあろうが、かりにかような行為が土地に対する器物損壊にあたりとするのであれば、不動産侵奪罪における不法領得の意思、とりわけ土地に関する利用処分意思の内容も再検討する必要がある。

なお、この判例の評釈として、青木清相「他人の土地を掘削してその土砂を搬出し右土地に多量の残土等を投棄した所為が不動産侵奪罪及び器物損壊罪に当たるとされ、かつ、不動産侵奪罪と器物損壊罪が観念的競合の関係にあるとされた事例」判例評論 306 号（判例時報 1117 号）57 頁以下、清水洋雄「不動産侵奪罪及び器物損壊罪が適用された事例」秋田法学 5 号（1984）254 頁以下（本判決が器物損壊罪の成立をも認めた点につき疑問を提起する）参照。



また、特に占有先行型の事例において「占有態様の質的変化」が問題とされる場合にあっても、行為の客観面のみならず、主観面においても従来からの占有意思とは格段に異なった意思、例えば新たに形成された土地利用の既成事実を設けるという意味の存在が侵奪の成否に大きな影響を与えている。さらに、養豚目的での土地利用とそれに続く居住目的での家屋建設の関係を占有の継続、いいかえれば侵奪状態が継続していると判示した判例を例にとれば、養豚という営利目的が、居住の意思が持つのと同等の権利者を排除する強い意思の存在を意味するものとして評価されているといえよう。

すなわち、行為者が有するこれらの意思——不法領得の意思の存在を強く推定させる——が侵奪の存在を強く裏付ける要素として扱われていることは明白である。不動産侵奪罪の成立を否定した大阪高裁昭和40年判決と比較すれば、単に無権限で当該土地を利用するというだけの単純な事実的故意では評価し尽くすことのできない、土地の有する価値利用を前提とした一定程度の占有継続を看取し得るだけの強度の意思を求めているといえるだろう。

不動産侵奪罪の保護法益を本権と捉えるか事実上の支配と捉えるかは格別、動産とは異なり、実際に所持し、または物理的に移転することはほとんど不可能なこと、動産に比較して常に監視の下に置かれているわけではないこと——広大な国有地など——、他方、侵奪行為のみで本権まで奪い取ることは困難であることを考え合わせれば、現実問題として侵奪の有無は、行為者による事実上の支配が確立した客体たる不動産の利用行為<sup>(28)</sup>と、その利用行為に向けられた行為者の意思の対応関係に求めざるを得ない。さらに、不法領得の意思との関係で行為者の主観面をさらに限定するとすれば、すでに見たように権利者を排除する強い意思の存在をこれに付け加えることが必要であり、また、それに相応する客観的な侵奪行為が必要ということになる。

(28) 当該不動産の本来の利用形態に限定する趣旨ではない。たとえば、農地の上に建物を建築するといった侵奪行為も当然ありうる。

## 5. 本件事案における「侵奪」の成否

本事案では、本件簡易建物の建築が侵奪にあたるのか否かが問題とされた。すでに見たように、占有態様の軽微性は侵奪の存在を否定する決定的な要素ではない。過去の判例に照らしても、本件簡易建物の建築は、侵奪の手段として決して軽微とはいえない態様といえよう。もっとも、かりに原判決が述べるように、本件簡易建物が決して強固な建造物ではなく、容易に原状回復できる程度であったとしても、行為者の主観面の在りよう如何によっては不動産侵奪罪の成立を免れないことはすでに検討した。

では、行為者の主観面はどうであったか。本件簡易建物の性状及び利用状況からして、被告人に「居住の意思」が存在しなかったことは容易に認めうる。電気製品等が雨にぬれるのを防ぐために本件簡易建物を建築したということも第一審、原審ともに認めているところである。

しかしながら、被告人の主観面に関して、第一審判決では、土地利用の既成事実を形成することで東京都から立退き料を得、もしくは適当な代替地を取得する意図があったものと認め、不法領得の意思を有していたと認定している。これに対して原判決は、被告人のかかる主観面に何ら触れることなく、単に建造物の客観面、すなわち建物の堅牢性、撤去の容易さにのみ基づいて判断する姿勢を伺うことができる。

なるほど、原判決も被告人の主観面において占有設定意思ないしは占有排除意志が強固なものではないと判示しており、侵奪の成立が否定されたのは上記のような主観面が被告人にあったことを認定する証拠の取捨選択による結果ともいえるわけではない。しかしながら、検察官の上告趣意によれば、被告人は本件土地に隣接するコーポから本件簡易建物の電線を引いていたが、当該コーポはA

---

(29) 原判決と第一審判決を比較すれば明らかなように、建物の堅牢性や撤去費用の多寡などは、量概念にすぎず、水掛け論にもなりかねない。侵奪態様の軽微性が不動産侵奪罪の成否について決定的な役割を果たしえない証左ともいえよう。

が貸し金の担保に預かっているとして占拠していた建物であり、かつ本件土地と同様公園予定地であったため、所有者ならびに東京都から立退きを迫られて<sup>(30)</sup>おり、また、第一審判決にもあるように、被告人はAを頼って同コーポに居住していた<sup>(31)</sup>という事情の中で本件簡易建物が建築されたという客観的事情を考慮すれば、第一審判決における判断が優っているものといえよう。また、立退き料取得目的に関する被告人やAの検面調書ないしは被告人が東京都に対して代替地の斡旋を執拗に要求したとする東京都職員の第一審証言等について何ら触れることなく本件簡易建物の客観的形状に基づいて侵奪の有無を判断していることに鑑みれば、原判決はそもそも建物の客観的性状のみに基づいて侵奪の有無の判断を行おうとしたといえるのではなからうか。原審におけるこのような判断方法がこれまでの判例の流れの中では異質であることは論じるまでもなからう。

これに対して、本判決は、被告人が東京都の職員の警告を無視して本件簡易建物を構築したこと、相当期間退去要求にも応じなかったことをあげて、被告人の占有排除および占有設定意思が強固であったと判示するが、それ以上の行為者の意思——立退き料取得目的や代替地の要求など——については何ら触れてはいない。また、少なくとも検証時における本件簡易建物の性状にあっては侵奪が肯定されるという趣旨とも受け取れる判示を行っている。それゆえ、どちらかといえば本件簡易建物の客観面に重点を置いて侵奪の有無を判断する姿勢を窺うことができるかもしれない。もっとも、侵奪の判断基準につき従来の立場を踏襲することを明言し、法解釈の誤りに加え、審理不尽の違法があるとも述べて原判決を破棄しているのであるから、侵奪の判断方法、とりわけ行為者の主観面の取扱いについては明確な判示を行っていないとみるべきであろう。原判決を破棄した本判決は妥当であると解したい。

---

(30) 刑集 54 卷 9 号 985 頁以下。

(31) 刑集 54 卷 9 号 1018 頁以下。

## 結びにかえて

不動産の不法占拠行為に対しては、本来、民事手続により当該不動産の明渡しを求めるという手段が用意されている。このような手段では実効的な解決が期待できない実情が不動産侵奪罪を生み出す一つの契機となったことはすでに述べた。

そもそも、民事手続による迅速な解決が図りたい事案とは、不法占拠者が相当の悪意を持つ場合ではなかろうか。<sup>(32)</sup> 権利者の要請により早急に明渡しに応えることができるかどうかは、侵奪態様の強弱ではなくむしろ行為者の意思にかかっているものといっても過言ではなかろう。たとえ占拠行為の態様が軽微であっても侵奪の意思が強固であれば民事手続を紛糾させることで権利者は莫大な損害を被ることになろうし、直接の権利救済につながるわけではないにせよ刑法の介入する合理性がある。これに比して、いささか度を過ぎた占拠態様であっても行為者が明渡しや原状回復、損害賠償等に素直に応じるのであれば民事手続を待つまでもなく解決することもあろう。

このような意味でも、従来の判例が行為者の主観面を相当重視していたことには合理性を認めねばならない。本稿でも不動産侵奪罪の成否が争われた事案の中から行為者の意思（ないしは目的）をいくつかみてきたが、さらに判例の集積を待って詳細に検討する必要があるだろう。また、侵奪行為の客観面においても、その下限をどこに定めるべきかはなお問題として残されている。いかに強固な侵奪の意思をもつ行為者といえども、それに伴う侵奪行為があまりに軽微であれば侵奪にあたらないと判断する余地もあろう。<sup>(33)</sup> もっとも、そのような態

(32) 典型的な例として、不動産侵奪罪が新設される一因となったともいわれる「梅田村事件」をあげることができよう（もっとも、この事件は不法占拠された土地の所有者が自力救済を図った行為につき正当防衛が認められるかが争われた事案である）。事件の詳細については、前掲注（1）に掲げた各文献を参照。

(33) そして、その限度でのみ侵奪態様の客観面の軽微さから不可罰性が導き出されると考える。なお、中山・前掲注（11）32頁参照（何よりも客観的側面に依拠して使用侵奪の不可罰性を論定すべきとされる）。

様で不動産を自己の支配内においた（占有を取得した）と判断できるか否という点もあわせて検討する必要がある。これらの点については、さらに稿を改めて論じること<sup>(34)</sup>にしたい。

---

(34) なお、本判決に対する評釈として、鈴木左斗志「不動産侵奪罪における『侵奪』の意義」ジュリスト臨時増刊平成12年度重要判例解説157頁以下、松宮孝明「不動産侵奪罪における『侵奪』の意義」法学セミナー563号(2001)106頁がある。